

A. I. Nº - 222468.0001/15-9
AUTUADO - A V M LESSA DE ITABUNA
AUTUANTE - PAULO DE TARSO ALMEIDA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20.02.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0001-02/17

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES NORMAIS. IMPOSTO LANÇADO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Razões de defesa elidem em parte esses itens da autuação. Itens subsistentes em parte. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADAS NÃO REGISTRADAS. OMISSÃO DE SAIDAS.** Sujeito passivo não apresenta razões de mérito de forma a elidir a acusação fiscal. Item subsistente. **3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS.** Razões de defesa insuficientes para elidir as imputações. Itens subsistentes. **5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAIDAS DE MERCADORIAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NO ESTADO. a) RECOLHIMENTO A MENOS.** É de concordância entre as partes que os valores levantados decorrem de arredondamento na apuração do imposto, porém não se sabe através do demonstrativo de débito da infração, quem cometera o erro. Inexiste, portanto, elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. Item insubsistente. **b) FALTA RETENÇÃO.** Item reconhecido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/03/2015, exige o débito, no valor de R\$62.801,87, inerente aos anos de 2010, 2011 e 2012, conforme documentos e demonstrativos às fls. 01 a 276 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1- 02.01.01: Deixou de recolher o ICMS no (s) prazo(s) regulamentar (s) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Lançado ICMS no valor de R\$14.021,36, mais multa de 60%.

Conta da descrição dos fatos: Conforme demonstrativo de débito e planilhas, anexas:

- Ano 2010: documento de fls. 29 a 43, e cópia livro Registro de Apuração de ICMS, fls. 117 a 128.
- Ano 2011: documento de fls. 44 a 70, e cópia livro Registro de Apuração de ICMS, fls. 129 a 154.
- Ano 2010: documento de fls. 71 a 96, e cópia livro Registro de Apuração de ICMS, fls. 155 a 180.

INFRAÇÃO 2- 03.01.01: Recolheu a menor ICMS em decorrência de desconhecimento entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Lançado ICMS no valor de R\$471,63, mais multa de 60%.

Consta da descrição dos fatos: Conforme demonstrativo de débito e planilhas, anexas:

- Ano 2011: documento de fls. 97 a 108 e cópia livro Registro de Apuração de ICMS, fls. 129 a 154.
- Ano 2012: documento de fls. 97 a 108 e cópia Livro Registro de Apuração de ICMS, fls. 155 a 180.

INFRAÇÃO 3- 05.05.01: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Lançado ICMS no valor de R\$1.572,05, mais multa de 100%.

Conta da descrição dos fatos: Conforme demonstrativo de débito e planilhas anexas:

- Ano 2010: documento de fls. 181 e cópias do livro Registro de Entradas, fls. 185 a 189 e 208 (demonstrativo de cálculo do índice de proporcionalidade)
- Ano 2011: documento de fls. 181 e cópias do livro Registro de Entradas, fls. 191 a 200 e 209 a 210 (demonstrativo de cálculo do índice de proporcionalidade)
- Ano 2012: documento de fls. 182 e cópias do livro Registro de Entradas, fls. 201 a 207 e 210 a 212 (demonstrativo de cálculo do índice de proporcionalidade)

INFRAÇÃO 4- 07.01.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior. Lançado ICMS no valor de R\$34.914,92, mais multa de 60%.

Consta da descrição dos fatos: Conforme demonstrativo de débito e planilhas anexas:

- Ano 2010: documento de fls. 213 (resumo do débito) e, 214 (demonstrativo de entradas, por nota fiscal)
- Ano 2011: documento de fls. 213 (resumo do débito), 214 e 215 (demonstrativo de entradas, por nota fiscal)
- Ano 2012: documento de fls. 213 (resumo do débito) e, 215 a 219 (demonstrativo de entradas, por nota fiscal)

INFRAÇÃO 5- 07.15.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Lançado ICMS no valor de R\$9.778,12, mais multa de 60%.

Consta da descrição dos fatos: Tudo conforme demonstrativo de débito e planilhas anexas:

- Ano 2010: documento de fls. 224 (resumo do débito) e, 226 (demonstrativo de entradas, por nota fiscal)
- Ano 2011: documento de fls. 224 (resumo do débito) e, 227 e 228 (demonstrativo de entradas, por nota fiscal)
- Ano 2012: documento de fls. 224 (resumo do débito) e, 229 e 232 (demonstrativo de entradas, por nota fiscal)

INFRAÇÃO 6- 07.15.02: Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização nos anos de 2010 e 2012. Lançado ICMS no valor de R\$1.868,67.

Consta da descrição dos fatos: Tudo conforme demonstrativo de débito e planilhas anexas:

- Ano 2010: documento de fls. 223 (resumo do débito) e, 238 (demonstrativo das entradas, por nota fiscal)
- Ano 2012: documento de fls. 236 (resumo do débito) e, 240 a 244 (demonstrativo de entradas, por nota fiscal)

INFRAÇÃO 7- 07.04.02: Reteve e recolheu a menor ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscrito na condição de microempresa. Lançado ICMS no valor de R\$7,96, mais multa de 60%.

Consta da descrição dos fatos: Conforme demonstrativo de débito e planilhas anexas:

- Ano 2010: documento de fls. 248 (resumo do débito) e, 253 (demonstrativo das entradas, por nota fiscal)

- Ano 2012: documento de fls. 248 (resumo do débito) e, 254 a 258 (demonstrativo de entradas, por nota fiscal)

INFRAÇÃO 8- 07.04.03: Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Lançado ICMS no valor de R\$167,16, mais multa de 60%.

Consta da descrição dos fatos: Conforme demonstrativo de débito e planilhas anexas.

- Ano 2012: documento de fls. 263 (resumo do débito) e, 267 a 271 (demonstrativo das entradas, por nota fiscal) e cópia do livro Registro de Sidas fls. 259 a 262.

Às fls. 280 a 297 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, mantendo-se silente quanto as Infração nº 8; impugnando parcialmente as infrações nºs 1, 2, 5, e 6; e totalmente as infrações nºs 3, 4 e 7, conforme os esclarecimentos a seguir descritos:

Alega preliminar de insegurança na determinação da infração – *cerceamento do direito de defesa* - diz que o Agente Fiscal, para fundamentar a presente autuação, não traz em sua autuação demonstração precisa de seus cálculos, para se verificar como ele chegou ao valor cobrado e com isso a empresa se defender melhor.

Ademais, de que omitiu informações várias sobre pagamentos efetuados pela Autuada, e por remetentes de mercadorias sob regime de substituição tributária inscritos no cadastro Estadual da Sefaz/BA, na condição de substituto tributário; além de omitir valores relativos a processo de Denúncia Espontânea, com registro de baixa por pagamento, constante de informações da DARC/GEIEF – INC – Informações do Contribuinte, datada de 21/06/2013, que diz anexar.

Neste sentido, aduz que tais fatos, além de configurar o excesso de exação, consubstanciam insegurança na determinação da infração, por omissão de informações indispensáveis e ofende o princípio da ampla defesa e contraditório, trazendo nulidade absoluta ao presente lançamento.

Destaca que, a ausência nos demonstrativos próprios, de quitação anterior de débitos ora exigidos, lançamentos anteriores por substitutos tributários e, valores relativos a processo de denúncia espontânea, prejudica a interpretação do resultado do trabalho fiscal e acaba por caracterizar insegurança que leva ao cerceamento de defesa do contribuinte.

Observa que, não basta ao polo ativo da relação tributária mencionar a suposta irregularidade, para imputar ao contribuinte o pagamento de tributo e penalidades. Diz que é imprescindível que a prática da mesma fique comprovada e que haja exposição clara do dispositivo legal infringido e dos cálculos que ditam o valor da exigência.

Conclui, então, que a acusação carece de elementos que lhe concedam a segurança necessária à sustentação da exigência em comento. Destaca que outros Conselhos Administrativos de Recursos Fiscais pensam do mesmo modo a este respeito, e destaca algumas ementas. Assim, diz que, tendo em vista nulidade formal indicada, requer seja totalmente cancelado o presente lançamento.

Das razões de mérito, destaca a improcedência da infração 01 (02.01.01). Diz que o agente fiscal alega que a impugnante não teria efetuado recolhimento de ICMS NORMAL, no período de referencia de Junho/2010 a Dezembro/2012, anexando ao Auto, demonstrativos de apuração mensal. Contudo, destaca que, essa suposta infração, não foi devidamente comprovada, o que precisaria ser para manter o lançamento.

Observa que, não podem prosperar as exigências contidas no Auto, porque não condizem com a realidade, haja vista que, nos demonstrativos elaborados pelo Autuante, não foram computados valores de pagamentos efetuados pelo contribuinte, nem créditos relativos a antecipação parcial de descredenciados e, também, valores relativos a Processo nº 8500001939136ª, de Denúncia

Esponânea, baixado por pagamento conforme informação constante em banco de dados da SEFAZ, conforme extrato da DARC/GEIEF/SEFAZ, que alega anexar.

Diz que anexa à defesa cópia de planilhas de contestação à Infração, comprovando a inconsistência de cálculos elaborados pelo Autuante, cópia de planilha comparativa entre débitos apontados no Auto, e débitos efetivamente reconhecidos pela Autuada; bem assim cópias de extratos de Processo Administrativo Fiscal e, Relação de DAE's pagos, em 2010, 2011 e 2012.

Por fim, do exame dos documentos anexos, diz que resta comprovado apenas os débitos remanescentes de: R\$56,13, relativo ao mês de Abril/2011; R\$127,27, relativo ao mês de Maio/2011; R\$483,09, relativo ao mês de Junho/2011; e R\$1.445,73, relativo ao mês de Setembro/2012.

Da improcedência da infração 02 (03.01.01). Diz que o agente fiscal alega que a impugnante teria efetuado recolhimentos a menor de ICMS normal, no período de referência de Julho/2010 a Abril/2012, anexando ao Auto, demonstrativos de apuração mensal.

Contudo, diz que essa suposta infração, não foi devidamente comprovada, o que precisaria ser para manter o lançamento. Não podem prosperar as exigências contidas no Auto, porque não condizem com a realidade, haja vista que, nos demonstrativos elaborados pelo Autuante, não foram computados valores de pagamentos efetuados pelo contribuinte, nem créditos relativos a antecipação parcial de descredenciados.

Diz anexar à Defesa cópias de planilhas de contestação à Infração, comprovando a inconsistência de cálculos elaborados pelo Autuante; cópias de planilha comparativa entre débitos apontados no Auto, e débitos efetivamente reconhecidos pela Autuada; e relação de DAE's pagos, em 2011 e 2012.

Observa que, do exame dos documentos anexos, resta comprovado apenas, o débito remanescente de R\$ 273,40, relativo ao mês de abril/2012.

Improcedência da infração 03 (05.05.01): Diz que o agente fiscal alega que a impugnante teria supostamente, *“omitido saídas de mercadorias tributáveis, através (sic) de entradas de mercadorias não registradas”*, no período de referência de Junho/2010 a Setembro/2012, anexando ao Auto, complicados demonstrativos de apuração de supostos débitos mensais.

Contudo, mais uma vez, diz que, data vênia, também essa suposta infração, não foi devidamente comprovada, o que precisaria ser para manter o lançamento. Em verdade, diz que o Autuante não anexou ao Auto, cópias das citadas Notas Fiscais ou de DANFE's, além de não apresentar elementos suficientes para embasar o fato gerador, as datas de ocorrências, e espécies de mercadorias a que se refere, não sendo possível identificar sua condição tributária.

Não constam do Auto, nenhuma prova de recebimento pela Autuada das citadas Notas e mercadorias ou produtos correspondentes; impossibilitando determinar a data de suposto ingresso; não foram anexadas ao Auto, provas de pagamentos por aquisições das Notas citadas. Trata-se de exigência baseada em mera presunção não comprovada.

Diz que o procedimento fiscal não contém de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo do imposto e época dos supostos fatos geradores. Os fatos apontados conduzem à insegurança do lançamento de ofício. Destaca que, segundo argumentos doutrinários já expostos nas infrações anteriores, este Egrégio Conselho, como tem decidido noutros vários processos, haverá de decretar a Nulidade desta Infração, ou se ultrapassada a arguição, o reconhecimento de total improcedência.

Da improcedência da infração 4 (07.01.01): Diz que, o agente fiscal alega que a impugnante teria deixado de efetuar recolhimentos a menor de ICMS normal, no período de referência de Julho/2010 a Abril/2012, anexando ao Auto, demonstrativos de apuração mensal.

Contudo, destaca que essa suposta infração, não foi devidamente comprovada, o que precisaria ser para manter o lançamento. Diz que, não podem prosperar as exigências contidas no Auto, porque não condizem com a realidade, haja vista que, nos demonstrativos elaborados pelo Autuante, não foram computados vários valores de pagamentos efetuados pelo contribuinte

(relativos a substituição/antecipação, conforme DAE's, fotocópias anexas), nem valores de GNRE's pagas antes do ingresso das mercadorias (fotocópias anexas), nem foram computados valores de ICMS substituição destacados em notas fiscais, por contribuinte substituto, com inscrição no Estado da Bahia (casos por exemplo, da: *Viti Vinicola Cereser Ltda.*, e da *Nutriave Alimentos Ltda.* – conforme fotocópias de DANFE's que diz anexar).

Diz, também, anexar à defesa: planilha de contestação à Infração, comprovando a inconsistência de cálculos elaborados pelo Autuante; cópia de planilha comparativa entre débitos apontados no Auto, e débitos efetivamente reconhecidos pela Autuada; relação e fotocópias de DAE's pagos, em 2010 a 2012; fotocópias de GNRE's; fotocópias de DANFE's com destaques de ICMS substituição, pelos remetentes. Destaca, então, que o exame dos documentos e demonstrativo anexo, comprovara a inexistência de débitos remanescentes.

Da improcedência da infração 5 (07.15.01). Diz que o agente fiscal alega que a impugnante teria deixado de efetuar recolhimentos de ICMS Antecipação Parcial, no período de referência de Dezembro/2010 a Novembro/2012, anexando ao Auto, demonstrativos de apuração mensal.

Destaca que, não poderá prosperar a exigência de imposto no valor de R\$9.778,12, mais multa de 60%, haja vista que, conforme planilha anexa, ficou demonstrado que o Autuante não considerou em seus cálculos corretamente, os valores de imposto devidos, ao incluir nas planilhas anexadas ao Auto, mercadorias já incluídas na substituição tributária, efetuada pelos remetentes com inscrição no Estado e produtos outros também incluídos na substituição. Portanto, observa que tais notas devem ser excluídas da cobrança, considerando o regime diverso de apuração, que não comporta a antecipação.

Aduz que, conforme planilha anexa à Defesa restaram reconhecidos os seguintes débitos: R\$353,05, relativos a dezembro/2010; R\$385,11, relativos a março/2011; R\$287,63, relativos a junho/2011; R\$973,79, relativos a dezembro/2011; R\$58,97, relativos a fevereiro/2012; R\$341,70, relativos a março/2012; R\$960,72, relativos a maio/2012; R\$1.096,75, relativos a junho/2012; e R\$120,84, relativos a dezembro/2012. Débito total remanescente: R\$ 3.552,77.

Da improcedência da infração 6 (07.15.02). Diz que, também, relativamente a esta infração, constatou-se que não foi computado pagamento no valor de R\$1.389,50, relativo ao mês de Setembro/2010 (vide fotocópias de DANFE, referente a NF-e nº 000.000.327, de 21/09/2010, relação de DAE's – Setembro/2010 fornecida pela INFAZ/Itabuna; e fotocópia de extrato bancário). Constatou-se também, a inclusão de produtos já objeto de substituição tributária, conforme planilha anexa, restando tão somente, os débitos de: R\$2,64, relativo a setembro/2010; e R\$52,02, relativo a Agosto /2012.

Da improcedência 7 (07. 04.02). Diz que, os valores relativos à exigência fiscal nesta infração, decorrem de divergências irrisórias, decorrentes de arredondamentos e aproximação de cálculos, por se tratar de NF's de pequeno valor. Tais valores nem deveriam constar apontados no Auto, em face de polêmicas em torno de critérios de arredondamentos e aproximações de cálculos. Pede-se, portanto, a exclusão dos citados débitos.

Por fim, das multas abusivas, não sendo cancelado todo o lançamento, o que sempre é colocado como suposição, pelo menos as multas aplicadas devem ser reduzidas, vez que abusivas e inconstitucionais. Conforme se verifica na autuação, as multas constantes do lançamento são multas de 60% e 100% do valor do imposto principal, quase dobrando o valor do tributo devido, não tendo, pois, sustentação jurídica válida, mas tão somente como causa, tornar o lançamento mais cheio, robusto e, desta forma confiscar o patrimônio do recorrente.

Diz que a multa não pode ter o caráter confiscatório, conforme estabelece nosso ordenamento jurídico. Assim, não sendo cancelado o auto em sua totalidade, pelo menos a multa deve ser reduzida para no máximo 20% (vinte por cento) do valor do tributo.

Pelo exposto pede-se o reconhecimento da procedência total da presente impugnação, cancelando o lançamento fiscal realizado nesse feito, ou determinando sua Improcedência Parcial, analisando os argumentos suscitados, por ser de justiça.

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 443 a 460 dos autos, primeiramente diz que requer a procedência das infrações e quantias confessadas na defesa pelo defendente, em seguida passa a comentar sobre as considerações de defesa, que passo a expor:

Sobre as preliminares de nulidades, diz que devem ser rejeitas. Destaca que todas as infrações 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 foram reclama com base nos levantamentos por meio de planilhas que fazem parte integrante do presente PAF. Ademais, diz que se pode observar, com as devidas vênias, não faltaram demonstrativos próprios, planilhas ou outros elementos de fácil convicção, nem tampouco insegurança.

Diz que se pode verificar no presente Processo Administrativo Fiscal em tela, os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos fiscais reclamados, estando o lançamento de ofício de acordo com o estabelecido nos termos dos artigos 39, RPAF BA (do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal) e 142 (do Código Tributário Nacional). Quanto aos cálculos destaca que estes estão corroborados e demonstrados em planilhas, demonstrativos e livros fiscais do contribuinte.

Outrossim, informa que, abaixo da tabela de cada infração fls. 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07 e 08, está perfeitamente claro o enquadramento e dispositivos das multas aplicadas pra cada infração, de modo que não procede o argumento de obscuridade legal.

Sobre as razões de mérito, em relação a infração 1, após destacar os argumento da defesa, diz que, em parte, assiste razão à autuada e em seguida apresenta considerações quanto a ter acatado ou não os argumento da defesa, para depois apresentar novo demonstrativo de débito da infração 1, conforme quadro a seguir:

Itens	Folhas	Reclamado	Acatado/total ou parcialmente	Reclamado após a análise das provas e informação
1	1	11,84	0,00	11,84
2	1	643,56	0,00	643,56
3	1	685,06	0,00	685,06
4	1	723,64	0,00	723,64
5	1	127,27	0,00	127,27
6	1	629,26	0,00	629,26
7	1	3.887,10	3.994,71	0,00
8	2	2.572,72	2.598,75	0,00
9	2	1.579,37	133,64	1.445,73
10	2	1.055,02	1.055,02	0,00
11	2	1.058,92	1.058,92	0,00
12	2	1.047,60	1.047,60	0,00
TOTAL		14.021,36	9.755,00	4.266,36

Sobre as razões de mérito, em relação à infração 2, após os ajustes admitidos, destaca que a autuada tem razão. Desse modo entre o exigido e o reclamado na Infração 2, diz refazer o novo demonstrativo de débito, conforme abaixo:

Itens	Folhas	Reclamado	Acatado/ total ou parcialmente	Reclamado após a análise das provas e informação
1	1	17,97	17,97	0,00
2	1	180,26	180,26	0,00
3	1	273,40	0,00	273,40
TOTAL		471,63	198,23	273,40

Sobre as razões de mérito, em relação à infração 3, diz que optou por apresentar os argumento de defesa e em seguida apresentar suas contrarrazões, conforme a seguir:

“ O agente fiscal alega que a impugnante teria supostamente, “omitido saídas de mercadorias tributáveis, através (sic) de entradas de mercadorias não registradas”, no período de referência de Junho/2010 a Setembro/2012, anexando ao Auto, complicados demonstrativos de apuração de supostos débitos mensais”.

Diz que, os complicados demonstrativos fls. 185 a 207, 191 a 200 e 201 a 207, nada mais são do que as cópias do livro de registro de entradas do contribuinte. Os de fls. 208, 210 e 212 nada mais são do que os demonstrativos do índice de proporcionalidade, uma exigência legal visando à justiça fiscal para se excluir da exigência de tributos as mercadorias já tributadas anteriormente das tributadas, proporcionalmente às entradas.

“... não anexou ao Auto, cópias das citadas Notas Fiscais ou de DANFES...”

Diz que, os DANFE's com as cópias das notas fiscais foram entregues ao contribuinte em arquivo magnético mediante recibo às fls. 273; também, presente no PAF às fls. 274, na pasta "Arquivos PDF_prodif, pasta "DANFES's" por entradas e saídas.

“...além de não apresentar elementos suficientes para embasar: fato gerador, datas de ocorrências, e espécies de mercadorias a que se refere, não sendo possível identificar sua condição tributaria”.

Diz que, as omissões de receita estão demonstradas nas planilhas de fls. 181 a 183, com datas, números das notas fiscais, base de cálculo das omissões de saídas, índice de proporcionalidade e base de cálculo da omissão de receita, aplicada a proporcionalidade fls.181.

“Não constam do Auto, nenhuma prova de recebimento pela Autuada das citadas Notas e mercadorias ou produtos correspondentes; impossibilitando determinar a data de suposto ingresso”.

Destaca que, as datas de emissão estão demonstradas nas colunas próprias às fls. 183. Quanto a ausência das provas de recebimento, destaca que a autuada não nega a aquisição, e poderia ter denegado a emissão dos DANFE's.

“não foram anexadas ao Auto, provas de pagamentos por aquisições das Notas citadas...”

Observa que, o fato gerador não é o pagamento das mercadorias e sim a circulação. Comprova, não deu entradas na escrita fiscal, por conseguinte não deram saídas. Cuja presunção está no art. 4º, § 4º, inciso IV da Lei 7.014/96.

“o procedimento fiscal não contém de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo do imposto e época do supostos fatos geradores. Os fatos apontados conduzem à insegurança do lançamento de ofício”. Continua:

Diz que, as omissões de receita estão demonstradas nas planilhas de fls. 181 a 183, com datas, números das notas fiscais, base de cálculo das omissões de saídas, índice de proporcionalidade e base de cálculo da omissão de receita, aplicada a proporcionalidade fls. 181.

Neste sentido, com total segurança, destaca que mantém a infração 3 na sua totalidade.

Sobre as razões de mérito, em relação à infração 4, após destacar os argumentos da defesa, o Agente Fiscal diz que a defendente cometeu um grave equívoco. Diz que a infração 4 informa:

“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Conforme demonstrativo de débito e planilhas, anexas. Exercícios:

- 2010: documento de fls. 213 (resumo do débito) e, 214 (demonstrativo das entradas, por nota fiscal).

- 2011: documento de fls. 213 (resumo do débito), 214 e, 215 (demonstrativo das entradas, por nota fiscal).

- 2012: documento de fls. 213 (resumo do débito) e, 215 a 219 (demonstrativo das entradas, por nota fiscal)".

Observa, então, que, o período ocorre, com intervalos, a partir de junho de 2010 e vai até dezembro de 2012. E, os demonstrativos são das aquisições dessas mercadorias, com falta do pagamento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo, como dito. Fica prejudicada nesse item. Pena de preclusão.

Em seguida passa a análise do documento de fls. 305 e 306. Nela diz que a defesa argui que:

"Autuante não considerou em seus cálculos, corretamente, os valores de imposto já recolhidos pelo contribuinte (conforme DAE's anexos) e, valores do imposto de responsabilidade dos remetentes, que foram destacados nas notas fiscais...".

Destaca, então, que, o que se reclama é o imposto que deixou de ser recolhido, por nota fiscal. Observa que o imposto que foi recolhido anteriormente não faz parte da exigência.

Destaca outro ponto da defesa:

"... Nas operações com rações e alimentos para aves e animais, o fornecedor: Nutriave Ltd., tem inscrição como substituto tributário no Estado da Bahia e destacou o ICMS substituição nas N.Fiscais. Portanto, tais notas devem ser excluídas da cobrança no Auto".

Neste aspecto, diz que, não foram incluídas as notas não referidas no "Auto" tanto é que a ilustre defesa não identificou qual nota deve ser excluída, não apontou uma sequer.

".. A Autuada anexa à Defesa ... Relação e fotocópias de DAEs pagos, em 2010 a 2012; fotocópias de GNRES; fotocópias de DANFE's com destaques de ICMS substituição, pelos remetentes".

"O exame dos documentos e demonstrativo anexo, comprovará a inexistência de débitos remanescentes".

Examinando os recolhimentos, diz que a defesa juntou cópia dos recolhimentos às fls. 314, um pagamento em setembro de 2010, Cód. Receita 0759 - regime normal comércio; outra em setembro de 2010, Cod. Receita 2183 e outra Cod. Receita 2175 no mesmo mês. Diz que não foi reclamado crédito neste período. De modo que a planilha juntada não condiz com o alegado. Mantém a autuação.

Sobre as razões de mérito, em relação à infração 5, após destacar os argumentos da defesa, diz que, conforme planilha anexa à Defesa, restaram reconhecidos os seguintes débitos: "R\$353,05, relativos a dezembro/2010; R\$385,11, relativos a março/2011; R\$287,63, relativos a junho/2011; R\$973,79, relativos a dezembro/2011; R\$58,97, relativos a fevereiro/2012; R\$341,70, relativos a março/2012; R\$960,72, relativos a maio/2012; R\$1.096,75, relativos a junho/2012; R\$120,84, relativos a dezembro/2012. Débito total remanescente: R\$ 3.552,77".

Neste aspecto, diz que não foi só isso. Nas fls. 226 a 232 o contribuinte tomou ciência das notas imputadas e não informa o número de nenhuma que deve ser excluída da cobrança. Logo, diz que nada há a ser excluído. Mantém o reclamado.

Sobre as razões de mérito, em relação à infração 6, diz que, relativamente a esta infração, a defesa alega que constatou que não foi computado pagamento no valor de R\$1.389,50, relativo ao mês de Setembro/2010 (vide fotocópias de DANFE, referente a NF-e nº 000.000.327, de 21/09/2010, Relação de DAE's – Setembro/2010 fornecida pela INFAZ/Itabuna; e fotocópia de extrato bancário.

Nesse contexto, destaca que a defesa confunde o recolhimento realizado, computado como receita 2183 - ICMS Antecipação de descredenciado (fls. 214), com créditos reclamados receita 2175 - ICMS Antecipação Parcial.

Observa, também, que a defesa constatou a inclusão de produtos já objeto de substituição tributária, conforme planilha anexa, restando tão somente, os débitos de: R\$2,64, relativo a setembro/2010; R\$52,02, relativo a Agosto /2012".

Diz que, nas fls. 236 a 244 o contribuinte tomou ciência das notas imputadas e não informa o número de nenhuma que deve ser excluída da cobrança. Logo, diz que nada há a ser excluído. Mantém o débito reclamado.

Sobre as razões de mérito, em relação à infração 7, destaca os termos da defesa:

“ Os valores relativos à exigência fiscal nesta infração, decorrem de divergências irrisórias, decorrentes de arredondamentos e aproximação de cálculos, por se tratar de NF’s de pequeno valor. Tais valores nem deveriam constar apontados no Auto, face a polemicas em torno de critérios de arredondamentos e aproximações de cálculos. Pede-se, portanto, a exclusão dos citados débitos”.

Neste sentido diz que concorda em tese com a digna defesa. Porém diz que, exercendo uma atividade vinculada à Lei, não está em seu desígnio fazer escolhas. Mantém o valor reclamado na autuação.

Sobre as razões de mérito, em relação à infração 8, diz que não houve contestação. Logo conclui a aceitação do crédito reclamado pela autuada.

Da suposta multa abusiva, diz que os valores das multas aplicadas decorrem de dispositivo legal previsto na lei 7.014 do RICMS/BA. Observa que, nada pode fazer para mitigar o percentual da multa aplicada, eis que possui atuação vinculada à Lei. Isto é seus atos estão adstritos à Lei.

Ante o exposto, visto e analisado todos os fatos, provas apresentadas e argumentos de direito diz que data vênua, procede em parte. Posto isto, o autuante requer a procedência parcial do auto nos termos da informação fiscal.

Na sessão de julgamento do dia 03/03/2016, em consonância com o princípio da verdade material, a 1ª JJE, às fls. 467/468, decidiu pela **conversão do presente processo em diligência à Inspetoria Fazendária de origem, para encaminhar o presente PAF ao Fiscal Autuante**, no sentido de:

INFRAÇÃO 1- 02.01.01: Dar ciência ao autuado do novo demonstrativo de débito da infração 1 apresentado à fl. 451, refeito em função dos termos da manifestação de defesa, que faz parte integrante da Informação Fiscal, vez que não foram acatadas as argumentações de defesa na sua totalidade.

INFRAÇÃO 3- 05.05.01: Imprimir e entregar ao autuado, sob protocolo, **todas as notas fiscais de entradas de mercadorias no estabelecimento do autuado, relacionadas à infração 3**, que diz não terem sido registradas nos livros fiscais próprios e que alega ter entregado ao defendente na forma do documento à fl. 273, através de mídia, vez que ao acessar o referido o CD, objeto da mídia, não se foi possível visualizar tais notas fiscais.

INFRAÇÃO 4- 05.05.01: A acusação é de que o autuado deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. O defendente, às fls. 305/304, além de apresentar quadro destacando os valores pagos por GNRE, relativo à parte do débito cobrado indevidamente na infração 4, diz que o d. agente Fiscal inclui cobrança indevida de ICMS ST em operações com produto oriundo da Viti Vinicola Ltda - *Xarope de Groselha* – à luz do seu entendimento, não incluído na substituição.

Em sendo assim, em conformidade com os termos do § 7º do art. 127 do RPAF/BA, **desenvolver nova informação fiscal abrangendo todos os aspectos da defesa**, em especial quanto ao argumento defensivo de que o produto “*Xarope de Groselha*” não estaria incluído na substituição tributária. Relativamente aos pagamentos do ICMS ST que, o autuado, diz já ter pago, **solicitar cópia dos comprovantes de pagamento condizentes com o quantum apresentado no demonstrativo à fl. 305/306**, que faz parte integrante da defesa. Constatando que resta razão ao defendente, refazer o demonstrativo de débito da infração 4.

INFRAÇÃO 5- 07.15.01: Diz respeito à falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial. O defendente apresenta demonstrativo às fls. 307/308, elencando valores constantes da

autuação, que estariam sendo cobrados indevidamente na infração 3, por quantum se referir a produtos acobertados pelo regime da substituição tributária – alimentos para aves, como *alpiste* e *girassol*, e produtos outros como *deo-colônia*, *leite condensado*, etc.

Na informação fiscal, o d. agente Fiscal apenas destaca que o contribuinte tomou ciência das notas fiscais e não informa o número de nenhuma das notas fiscais que devem ser excluídas da cobrança, o que o fez manter a autuação na sua totalidade. Em sendo assim, **intimar o defendente a apresentar os números e cópias das notas fiscais que supostamente estariam indevidamente incluídas no demonstrativo de débito da infração 5.** Constatando que resta razão ao defendente, excluir do levantamento e refazer o demonstrativo de débito da infração 5.

INFRAÇÃO 6- 07.15.02: Diz respeito a recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial. . O defendente apresenta demonstrativo às fls. 309/310, elencando valores constantes da autuação, que estariam sendo cobrados indevidamente na infração 3, por quantum se referir a produtos acobertados pelo regime da substituição tributária – alimentos para aves, como *alpiste* e *girassol*, e produtos outros como *deo-colônia*, *leite condensado*, etc. Também indica no demonstrativo valores que supostamente já teriam sido recolhidos.

Na informação fiscal, o d. agente Fiscal apenas destaca que o contribuinte tomou ciência das notas fiscais e não informa o número de nenhuma das notas fiscais que devem ser excluídas da cobrança, o que o fez manter a autuação na sua totalidade. Em sendo assim, em respeito ao princípio da verdade material, **intimar o defendente a apresentar os números e cópias das notas fiscais que supostamente estariam indevidamente incluídas no demonstrativo de débito da infração 6.** Constatando que resta razão ao defendente, excluir do levantamento e refazer o demonstrativo de débito da infração 6. Observa-se, também, que o defendente destaca na defesa de que já teria recolhido parte do imposto cobrado na autuação. **Intimar para apresentar documentos que comprove tal recolhimento.** Comprovando, excluir da autuação.

Às fls. 471 à 499 do PAF, consta a nova Informação Fiscal apresentada pelo d. Agente Fiscal, em que demonstra o cumprimento, na sua totalidade, do pedido de Diligência expedido pela 1ª JJF na sessão de julgamento do dia 03/03/2016, conforme os termos acostados às fls. 467/468 dos autos.

Às fls. 464 do PAF, consta extratos do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, acerca do detalhamento de pagamento dos valores reconhecido pela autuada.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, tendo o autuado demonstrado total entendimento da acusação, inclusive apresentando razões de mérito, das quais parte foi acolhida pelo autuante, quando da sua informação fiscal. Em sendo assim, afasto as preliminares de nulidades do lançamento aventadas pelo defendente.

O presente Auto de Infração reclama crédito tributário do ICMS no valor total de R\$ 62.801,87, relativo às infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, referente aos exercícios de 2010, 2011 e 2012, todas impugnadas pelo defendente, exceto à infração 8, que se manteve silente, sendo considerada procedente por considerar aceito o crédito reclamado.

Em relação à infração 01, que diz respeito a falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente operações escrituradas nos livros fiscais próprios, conforme demonstrativo às fls. 29, 44 e 71; o sujeito passivo, na defesa, observa que, não podem prosperar as exigências contidas no

Auto de Infração, porque não condizem com a realidade, haja vista que, nos demonstrativos elaborados pelo d. agente Fiscal, não foram computados valores de pagamentos efetuados pelo contribuinte, nem créditos relativos a antecipação parcial de descredenciados e, também, valores relativos ao Processo nº 8500001939136ª, de Denúncia Espontânea (fls. 310/311), inclusive apensando às fls. 299, demonstrativo de débito, que diz remanescer para a infração imputada, reduzindo a infração de R\$9.755,00 para o valor de R\$1.332,98.

Sobre as razões de mérito, em relação à infração 1, após destacar os argumento da defesa, diz d. Fiscal Autuante que, em parte, assiste razão à autuada e em seguida apresenta considerações quanto a ter acatado ou não os argumento da defesa, para depois apresentar novo demonstrativo de débito para a infração 1, que faz parte integrante do corpo da defesa à fl. 451, reduzindo a infração do valor de R\$9.755,00 para o valor de R\$4.266,36.

Na sessão de julgamento da 1ª JJF de 03/03/2016, os membros deliberaram pela conversão do presente PAF em diligência, para dar ciência ao autuado do novo demonstrativo de débito da infração 1 acostado às fls. 451 dos autos. Cumprida a deliberação, em conformidade com os termos da informação fiscal de fl. 497, vê-se que o defendente se manteve silente.

Em sendo assim, não observando qualquer elemento que possa desabonar tal alteração, manifesto pela procedência parcial da infração, reduzindo a infração 1 do valor de R\$9.755,00 para o valor de R\$4.266,36 na forma do demonstrativo de débito à fl. 451 dos autos. Infração 1 subsistente em parte.

Quanto a infração 02, que se relaciona a recolhimento a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, com ICMS lançado no valor de R\$471,63, o defendente diz que a suposta infração, não foi devidamente comprovada, *por quantum*, dentre outras considerações, os demonstrativos elaborados pelo autuante, não foram computados valores de pagamentos efetuados pelo contribuinte, nem créditos relativos à antecipação parcial de descredenciados, que demonstra em planilha à fl. 300 dos autos.

Ao manifestar sobre os termos da defesa, em relação à infração 2, destaca que o defendente tem razão, concordando com saldo remanescente reconhecido, com isso apresenta novo demonstrativo de débito à fl. 453 da informação fiscal, o qual concordo com o entendimento do d. Fiscal Autuante, onde o lançamento do débito deve ser alterado para o valor de R\$273,40 na forma a seguir:

Dt. Ocorr.	Dt. Venc.	Valor Histórico
30/04/2012	09/05/2012	273,40

Sobre a infração 3, que diz respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, com lançamento de ICMS no valor de R\$1.572,05, por presunção na forma do art. 4º, § 4º, inc. IV, da Lei 7.014/96, que a seguir descrevo:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto [...]:

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

IV - entradas de mercadorias ou bens não registrados;

Em sede de defesa às fls. 291 /292 dos autos, alega a defendente , dentre outros argumentos, que não constam dos Autos, nenhuma prova de recebimento por ela das citadas notas e mercadorias ou produtos objeto do demonstrativo de débito da citada infração, impossibilitando determinar a data de suposto ingresso. Diz também que não foram anexadas aos Autos, provas de pagamentos por aquisições das Notas citadas. Destaca que se trata de exigência baseada em mera presunção não comprovada.

Na informação fiscal às fls. 453/456 o d. Fiscal Autuante rebate de forma contundente todos os argumentos de defesa postos pelo sujeito passivo, em que se apresenta efetivo para a manutenção da autuação no mérito, entretanto, na sessão de julgamento da 1ª JJF de 03/03/2016, os membros

deliberaram pela conversão do presente PAF em diligência ao autuante, em respeito ao princípio da verdade material, no sentido de imprimir e entregar ao autuado, sob protocolo, todas as notas fiscais de entradas de mercadorias no estabelecimento do autuado, relacionadas à infração 3, que diz não terem sido registradas nos livros fiscais próprios e que alega ter entregado ao defendente na forma do documento à fl. 273, através de mídia, vez que ao acessar o referido o CD, objeto da mídia, não se foi possível visualizar tais notas fiscais.

Em sede de diligência o d. Fiscal Autuante diz ter cumprido a orientação dos membros da 1ª JJF na forma dos documentos às fls. 475 a 487 dos autos. Isto posto, cumprido a deliberação, em conformidade com os termos da informação fiscal de fl. 497, vê-se que o defendente se manteve silente.

Desta forma entendo subsistente a infração 3 nos valores apontados originalmente às fls. 181/182 pelo d. Fiscal Autuante e mantido nas suas informações fiscais de fls. 453 a 456, 471 e 488, de forma contundente na forma da legislação, dado que o defendente não trouxera qualquer manifestação de mérito, nem tampouco de forma, como destacado nas fls. 291 /292 dos autos, que pudesse elidir a autuação, vez que ao ser entregue as notas fiscais objeto da autuação, na forma dos documentos acostados às fls. 475 a 487 dos autos dos autos, manteve-se silente. Infração 3 subsistente.

Em relação a infração 4 que diz respeito a ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Em sede de manifestação de defesa, o sujeito passivo alega que a suposta infração, não foi devidamente comprovada, o que precisaria ser para manter o lançamento. Diz que, não podem prosperar as exigências contidas no Auto, porque não condizem com a realidade, haja vista que, nos demonstrativos elaborados pelo Autuante, não foram computados vários valores de pagamentos efetuados pelo contribuinte, relativos a substituição/antecipação, conforme DAE's, que anexa aos autos, bem como valores de GNRE's pagas antes do ingresso das mercadorias no Estado da Bahia na forma de fotocópias anexas.

Também alega que foram computados valores de ICMS substituição destacados em notas fiscais, por contribuinte substituto, com inscrição no Estado da Bahia. Cita os casos da *Viti Vinicola Cereser Ltda.*, e da *Nutriave Alimentos Ltda*, conforme fotocópias de DANFE's anexas aos autos.

Anexa, ainda, planilha (fls.305/306) de contestação à citada infração 4, que diz comprovar inconsistência de cálculos elaborados pelo Autuante. Nessa mesma planilha desenvolve uma comparação entre os débitos apontados no Auto, e débitos efetivamente reconhecidos pela Autuada. Aduz, então, que o exame dos documentos e demonstrativo anexo, comprova a inexistência de débitos para a infração 4.

Instado a manifestar, o d. Fiscal Autuante traz considerações conforme a seguir: *“o defendente alega que não foram considerados no levantamento da infração 4 vários pagamentos relativos a substituição/antecipação por DAE's, bem assim GNRE's, inclusive junta à fls. 305/306 planilha destacando os valores recolhidos”*. Nesse contexto, diz que, ao examinar os recolhimentos, que a defesa juntou cópia (fls. 314), refere-se a um pagamento em setembro de 2010, Cód. Receita 0759 – ICMS regime normal comércio; outro em setembro de 2010, Cod. Receita 2183 – ICMS Antecipação de descredenciado e outro Cod. Receita 2175 – ICMS Antecipação Parcial no mesmo mês. Aduz, então que não foi reclamado crédito neste período, conforme se pode observar no demonstrativo de débito à fl. 3 dos autos. De modo que a planilha juntada não condiz com o alegado.

Sobre o argumento de que *nas operações com rações e alimentos para aves e animais, o fornecedor: Nutriave Ltd., tem inscrição como substituto tributário no Estado da Bahia e destacou o ICMS substituição nas N.Fiscais. Portanto, tais notas devem ser excluídas da cobrança no Auto*". Neste aspecto, diz que, não foram incluídas as notas fiscais decorrentes

dessa operações na autuação. Observa, que tanto é verdade, que a ilustre defesa não identificou qual nota deve ser excluída, nem tampouco apontou uma sequer.

Na sessão de julgamento da 1ª JJF de 03/03/2016, os membros deliberaram pela conversão do presente PAF em diligência ao autuante, em relação a Infração 4, conforme o seguinte destaque (fls. 467/468): *“a acusação é de que o autuado deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. O defendente, às fls. 305/304, além de apresentar quadro destacando os valores pagos por GNRE, relativo à parte do débito cobrado indevidamente na infração 4, diz que o d. agente Fiscal inclui cobrança indevida de ICMS ST em operações com produto oriundo da Viti Vinicola Ltda - Xarope de Groselha – à luz do seu entendimento, não incluído na substituição”*.

Desta forma, em conformidade com os termos do § 7º do art. 127 do RPAF/BA, foi solicitado do d. Fiscal Autuante desenvolver nova informação fiscal abrangendo todos os aspectos da defesa, em especial quanto ao argumento defensivo de que o produto “Xarope de Groselha” não estaria incluído na substituição tributária. Relativamente aos pagamentos do ICMS ST que, o autuado, diz já ter pago; bem assim solicitar cópia dos comprovantes de pagamento condizentes com o quantum apresentado no demonstrativo à fl. 305/306, que faz parte integrante da defesa. Neste contexto, constatando que resta razão ao defendente, refazer o demonstrativo de débito da infração 4.

Em sede de diligência, o d. Fiscal Autuante diz ter cumprido a orientação dos membros da 1ª JJF na forma dos documentos às fls. 488 a 490 dos autos. Isto posto, cumprido a deliberação, em conformidade com os termos da informação fiscal de fl. 497, vê-se que o defendente se manteve silente.

Desta forma entendo subsistente a infração 4 nos valores apontados originalmente às fls. 214/223 pelo d. Fiscal Autuante e mantido nas suas informações fiscais de fls. 456 a 457, 471 a 472 e 488, 489 e 490 vez que a manifestação de mérito acostada aos autos às fls. 280/289, pelo defendente, não foram capazes de elidir a autuação. Ademais em sede de diligencia determinada pela 1ª JJF, na forma do pedido às fls. 467/468, manteve-se silente. Infração 4 subsistente.

Quanto a Infração 5, que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial. Vê-se que o defendente apresenta demonstrativo às fls. 307/308, elencando valores constantes da autuação, que estariam sendo cobrados indevidamente na infração 3, por quantum se referir a produtos acobertados pelo regime da substituição tributária – alimentos para aves, como *alpiste* e *girassol*, e produtos outros como *deo-colonia*, *leite condensado*, etc.

Na informação fiscal, o d. agente Fiscal apenas destaca que o contribuinte tomou ciência das notas fiscais e não informa o numero de nenhuma das notas fiscais que devem ser excluídas da cobrança, o que o fez manter a autuação na sua totalidade.

Na sessão de julgamento da 1ª JJF de 03/03/2016, os membros deliberaram pela conversão do presente PAF em diligência ao autuante, em relação a Infração 5, conforme o seguinte destaque (fls. 467/468): *“intimar o defendente a apresentar os números e cópias das notas fiscais que supostamente estariam indevidamente incluídas no demonstrativo de débito da infração 5. Constatando que resta razão ao defendente, excluir do levantamento e refazer o demonstrativo de débito da infração 5”*.

Em sede de diligência, o d. Fiscal Autuante diz ter cumprido a orientação dos membros da 1ª JJF na forma dos documentos às fls. 488 a 490, 473, 475 e 488 dos autos. Isto posto, cumprido a deliberação, em conformidade com os termos da informação fiscal de fl. 497, vê-se que o defendente se manteve silente. Infração 5 subsistente.

Por sua vez, a Infração 6, que diz respeito à a recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, o defendente apresenta demonstrativo às fls. 309/310, elencando valores constantes da autuação, que estariam sendo cobrados indevidamente na infração 3, por quantum se referir a produtos acobertados pelo regime da substituição tributária – alimentos para aves, como *alpiste* e *girassol*,

e produtos outros como *deo-colônia, leite condensado*, etc. Também indica no demonstrativo valores que supostamente já teriam sido recolhidos.

Na informação fiscal, o d. agente Fiscal apenas destaca que o contribuinte tomou ciência das notas fiscais e não informa o número de nenhuma das notas fiscais que devem ser excluídas da cobrança, o que o fez manter a autuação na sua totalidade.

Na sessão de julgamento da 1ª JJF de 03/03/2016, os membros deliberaram pela conversão do presente PAF em diligência ao autuante, em relação a Infração 6, conforme o seguinte destaque (fls. 467/468): "*em respeito ao princípio da verdade material, intimar o defendente a apresentar os números e cópias das notas fiscais que supostamente estariam indevidamente incluídas no demonstrativo de débito da infração 6. Constatando que resta razão ao defendente, excluir do levantamento e refazer o demonstrativo de débito da infração 6*".

Observa-se, também, que o defendente destaca na defesa de que já teria recolhido parte do imposto cobrado na autuação. Intimar para apresentar documentos que comprove tal recolhimento. Comprovando, excluir da autuação.

Em sede de diligência, o d. Fiscal Autuante diz ter cumprido a orientação dos membros da 1ª JJF na forma dos documentos às fls. 488 a 490. Isto posto, cumprido a deliberação, em conformidade com os termos da informação fiscal de fl. 497, vê-se que o defendente se manteve silente. Infração 6 subsistente.

A Infração 7, que se relaciona a retenção e recolhimento a menor de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscrito na condição de microempresa; o defendente apenas se limita a destacar que os valores relativos à exigência fiscal decorrem de divergências irrisórias, referentes a arrendamentos e aproximação de cálculos, por se tratar de notas fiscais de pequenos valores.

Na informação fiscal, o d. agente Fiscal diz concordar com a tese da defesa, porém por quantum sua atividade vinculada à Lei, não está em seu desígnio fazer escolhas e mantém a autuação. Compulsando os demonstrativos analíticos às fls. 253/258, que fundamentam a autuação, vê-se que de fato, em relação a algumas notas fiscais, o recolhimento a menor de ICMS, se relaciona a arrendamentos e aproximações de cálculos de valores apurados.

Nesse sentido, o demonstrativo de débito da infração 7 (fls. 253/258), independente da significância dos valores apurados, trazem informações que não são suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida, vez que não identifica se o erro de arredondamento foi cometido pelo d. agente Fiscal, ou pelo sujeito passivo. O que se observa de concreto é que o Autuante concorda com a tese do defendente de que os valores levantado de recolhimento a menor, no demonstrativo de débito da infração, decorre de divergências entre as partes no arredondamento dos cálculos apurados. Desta forma, por quantum a tal incerteza, considero insubsistente a infração imputada.

Sobre o efeito confiscatório das multas aplicadas na autuação aventada pelo sujeito passivo, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, por restar procedente em parte as infrações 1 e 2; e totalmente procedente as infrações 3, 4, 5, e 6 pelas razões descritas acima; e a infração 8, que se manteve silente o defendente, sendo considerada procedente por considerar aceito o crédito reclamado; bem assim insubsistente a infração 7 por inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada.

VOTO DISCORDANTE

Em que pese o posicionamento adotado pelo ilustre relator, ousou discordar do mesmo, em relação à infração 03, pelas razões que passo a expor:

A descrição da mesma é “*Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entrada de mercadorias não registradas*”, com lançamento de imposto no valor de R\$ 1.572,05, além de multa de 100%. Consta da descrição dos fatos que a mesma foi apurada com base no demonstrativo de débito e planilhas anexas, especialmente o livro Registro de Entradas de Mercadorias de fls. 185 a 189, 191 a 200 e 201 a 207, correspondente, respectivamente, aos exercícios de 2010, 2011 e 2012.

A acusação, se fundamenta, pois na presunção prevista no artigo 4º, § 4º, da Lei 7,014/96, segundo o qual

“Art. 4º. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º. Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I - saldo credor de caixa;

II - suprimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

V - pagamentos não registrados;

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

c) “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante;

VII - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras”.

De tal inteligência se verifica, de plano, que o legislador estabeleceu duas vertentes para a ocorrência da presunção: exame nos livros contábeis da empresa e informações advindas de terceiros.

No primeiro caso, temos as hipóteses dos incisos I a V, ao passo que no inciso VI encontra-se a presunção advinda de informação de terceiro, caso das administradoras de cartões de débito e crédito, das instituições financeiras e shopping centers.

Feita esta colocação, observo que o autuante, e isso consta da própria acusação, o trabalho fiscal embasou-se nos lançamentos constatados da análise do Livro Registro de Entradas de Mercadorias de fls. 185 a 189, 191 a 200 e 201 a 207, não se reportando, em momento algum, a exame levado a efeito na contabilidade da empresa, para fins de constatação de tais lançamentos de notas fiscais.

Da mesma forma, a diligência, quando solicitada, não fez tal verificação, contentando-se com a mera análise do livro fiscal acima mencionado.

Some-se a isso o fato de que os demais itens da autuação não se reportarem a existência de omissões de receita ou de operações, apenas e tão somente recolhimentos não realizados ou realizados a menor, caso das infrações 01, 04, 05 e 02, 06 e 07, respectivamente.

Nesta hipótese, entendo, em alinhamento com diversas decisões deste Colegiado, que apenas e tão somente, com base na escrituração fiscal, seria possível o lançamento da multa de 1%

estabelecida no artigo 42, inciso IX, da Lei 7.014/96 segundo a qual cobrar-se-ia “1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal”, não sendo possível o lançamento de imposto, a menos que comprovado que a falta de registro ocorreu na contabilidade da empresa, o que não se verificou, ou não se informa nos autos.

Tal entendimento encontra-se estribado, como afirmado anteriormente, em julgados deste Conselho, a exemplo dos Acórdãos CJF Nº 0204-12/16 o qual possui a seguinte Ementa:

“ICMS. ENTRADAS NÃO REGISTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **Quando esta situação ocorre, a lei autoriza a presunção de que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas**, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. A ocorrência foi constatada pela falta de contabilização de entradas de mercadorias. Comprovada a inadequação do roteiro de fiscalização da forma como foi aplicado, em virtude do ramo de atividade do estabelecimento ser “hotel”, com venda de serviços de hospedagem com fornecimento do serviço “all inclusive”, cuja operação sujeita-se ao pagamento de imposto municipal”. Modificada a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO e, de ofício, julgar Improcedente o Auto de Infração. Decisão unânime”. (grifei).

Por outro lado, posso mencionar, de igual forma, decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, exarada em 10 de novembro de 2015, à unanimidade, através do Acórdão 0220-04/15, cujo texto a seguir destaco: “...a cobrança realizada é de imposto, pela presunção de omissão de saídas de mercadorias, sem o registro dos documentos fiscais nos livros próprios, o que configuraria pagamento das aquisições com recursos decorrentes de operações anteriores sem notas fiscais, podendo ser apurada através dos registros contábeis, especialmente o livro caixa. Desta forma, o autuante deveria lançar a falta de escrituração dos documentos fiscais na escrita contábil, da empresa.

Todavia, nas intimações para apresentação de livros e documentos de fls. 12 e 13 apenas constam a solicitação de apresentação de livros fiscais, o que torna o roteiro aplicado incompatível com a infração lançada, pois ao cobrar imposto por presunção, não ficou comprovada a realização de qualquer exame contábil pelo autuante, o que inviabiliza a autuação quanto a este item, e diante das hipóteses elencadas no artigo 18 do RPAF/99, de ofício, a julgo nula”.

Na mesma esteira, posso igualmente mencionar Decisão do Conselho de contribuintes do Estado de Minas Gerais, através de sua 1ª Câmara de Julgamento proferiu o Acórdão 20.379/11/1ª, o qual possui a seguinte ementa a respeito de tal tema:

“OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO/ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS PRÓPRIOS - LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADA. Constatada a falta de registro no livro Registro de Entradas de notas fiscais de aquisição de mercadorias. Infração caracterizada nos termos do art. 16, inciso VI da Lei nº 6.763/75. Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75. Entretanto, excluem-se a multa isolada vinculada às mercadorias recebidas por transferência de outro estabelecimento do mesmo titular, em face da conexão com a Multa Isolada do art. 55, inciso II da mesma lei. Adequação da penalidade remanescente, ao disposto na alínea “b” do mesmo dispositivo, quando vinculadas às mercadorias recebidas para industrialização, em face do acobertamento fiscal do retorno dos produtos”.

Destaco trecho do Relator naquela oportunidade, o qual assim se manifestou:

“Mantém-se em parte, todavia, a penalidade prevista no inciso I do art. 55 da Lei nº 6763/75, uma vez que os documentos não foram escriturados no livro de Registro de Entradas. O dispositivo em questão assim prescreve:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

I – por faltar registro de documentos próprios nos livros da escrita fiscal vinculados à apuração do imposto, conforme definidos em regulamento – 10% (dez por cento) do valor constante no documento, reduzido a 5% (cinco por cento) quando se tratar de:

- a) entrada de mercadoria ou utilização de serviços registrados no livro diário;*
- b) saída de mercadoria ou prestação de serviço, cujo imposto tenha sido recolhido;*

No caso dos autos, exigiu o Fisco a penalidade prevista no inciso I, sem a atenuante das alíneas “a” e “b”. As saídas em retorno de mercadoria enviadas para industrialização ocorreram com suspensão do ICMS. Logo, não havia imposto a recolher. A interpretação que melhor se adequa ao disposto na alínea “b” acima é a de que o imposto tenha sido destacado no documento fiscal e recolhido quando devido.

No presente caso, a aplicação correta do instituto da suspensão equivale ao destaque, para fins de aplicação da norma redutora da pena. Neste sentido, deve-se adequar a Multa Isolada capitulada no inciso I do art. 55 da Lei nº 6763/75 ao disposto na alínea “b” do mencionado dispositivo”.

Ou seja: este não é o entendimento pontual ou particular deste julgador, mas o predominante nos diversos órgãos de julgamento administrativo do país.

Desta forma, entendo que no presente caso, diante dos motivos expostos, a infração deve ser julgada improcedente, pela falta de absoluta certeza quanto a omissão que resulte na falta de recolhimento de imposto de que se acusa a empresa autuada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **222468.0001/15-9**, lavrado contra **A V M LESSA DE ITABUNA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$52.840,68**, acrescido das multas de 60% sobre R\$51.268,63, e de 100%, sobre R\$1.572,05, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “b”, “d”, “e” e “f”; e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de fevereiro de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE